XVII.

Beiträge zur Lehre vom Gegenbeweise.

Von Mittermaier.

§. 1.

Wer für jedes im gemeinen bürgerlichen Processe vorkommende Institut eine Stelle des geschriebenen Rechts angeführt haben will, durch welche das Institut begründet werden soll, wird auf eine ziemlich kleine Zahl von Instituten beschränkt seyn, und selbst für die heutige gerichtsgebräuchliche Form mehrerer gemeinrechtlichen Institute wird er vergeblich eine gesetzliche Begründung suchen. Wer auf der anderen Seite Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht verwechselt, und zu dem erstern, wie man oft thut, den Ablauf einer gewissen Zeit, oder eine gewisse Zahl von Entscheidungen verlangt, dann aber, sobald er nur die Zahl vorhanden findet, von einem Gerichtsgebrauche spricht, wird freilich die abentheuerlichsten Behauptungen, als angeblich gerichtsgebräuchliche, in unsere Praxis einschwärzen. Geht man von dem richtigen Satze aus: daß es bei dem Gerichtsgebrauche nicht auf die ergangenen Entscheidungen selbst, sondern vielmehr auf die Wirkung ankomme, welche sie auf die Volksansicht und auf die Meinung von dem, was Recht sey, äußere [1]), so ist der Gerichtsgebrauch eine der ehrwürdigsten Quellen des Deutschen

1) Falk in der Vorrede zur Coldizischen Uebersetzung von Blackstone's Handbuch des Englischen Rechts II. Bd. S. XIV.

Processes, ja wir dürfen wohl behaupten, daß er neben jedem noch so vollständigen neuen Proceßgesetzbuche das Ansehen einer Quelle behalten, die scharfen Ecken der Gesetze erst abschleifen, manche in der Studierstube des Legislators entstandenen Starrheiten und Inconsequenzen erst ausgleichen und vermittelnd das geschriebene Recht dem Bedürfnisse anpassen wird. Den stärksten Beweis für die Wahrheit dieses Satzes dürfte dem Ungläubigen das Verhältniß gewähren, in welchem der Französische Gerichtsgebrauch zu dem Proceßgesetzbuche steht, so daß derjenige, welcher den Französischen Proceß nur aus dem Code de procedure kennt, geradezu ein unrichtiges Bild des Verfahrens erhält. Insbesondere dürfen auch alle Institute und die Formen derselben als gemeinrechtliche betrachtet werden, welche dem gemeinen Deutschen Gerichtsgebrauche ihr Daseyn verdanken, sobald nur der Gerichtsgebrauch richtig verstanden wird, und nicht durch Allegate aus ein Paar Compendien, oder durch irgendwo zusammengelesene günstige Rechtssprüche bewiesen werden soll.

Als ein Product eines wahren Gerichtsgebrauchs kömmt auch die Lehre vom Gegenbeweise vor. Es ist ein Wortstreit, wenn man darüber streitet, ob der Gegenbeweis schon den Römern bekannt war [2]), oder ob er blos aus deutschem Gerichtsgebrauche stamme [3]). Daß der sogenannte Beweis der Einreden (indirecte Gegenbeweis) bei den Römern vorkam, ist wohl nicht zu bezweifeln, wenn man nicht läugnen will, daß der Beklagte seine Exceptionen beweisen mußte [4]), und daß der Product, gegen welchen der Kläger Beweis z. B. durch Zeugen führte, eben sowohl die Rechte, welche er bei uns durch den angetretenen Gegenbeweis sichert, sicher stellen konnte,

---

2) Wie z. B. Stryk de reprobatione in specie post public. attestat. (in Operib. tom. XII. p. 102.) cap. I.

3) Wie Heineccius in element. jur. german. tom. II. lib. III. §. 254.

4) L. 4. Cod. de edend. L. 19. Cod. de prob. L. 9. Cod. de exc.

darf man nicht bestreiten, wenn man nur die mündliche öffentliche Form der Zeugenverhöre erwägt, bei welcher der Zeuge von den Partheien selbst befragt wurde, und der Product unfehlbar durch passende Fragen den Beweis zu zerstören versucht haben wird, welchen die begreiflich schlau gestellten Fragen des Producenten an den Zeugen bezweckten [5]. Auch die Art, wie das Römische Recht den Ausdruck: reprobare (improbare), braucht [6], beweist, daß man nicht unpassend unseren heutigen directen Gegenbeweis, reprobatio nennen darf, obwohl der Ausdruck: probare auch da gebraucht wird, wo entschieden nur vom Gegenbeweise die Rede ist [7]. Es kann selbst angenommen werden, daß wenigstens nach späterem Röm. Rechte [8]) in dem tempore disputationis der Gegenbeweis seine schickliche Stelle fand [9]. Noch viel bestimmter mußte die Form der Gegenbeweisführung sich der bei uns üblichen nähern, als das Verfahren schriftlich und geheim wurde, und alle processualischen Handlungen in einer gerichtsgebräuchlichen Stufenfolge vorkamen; daher wird die reprobatio als allgemein in den geistlichen Gerichten bekannt, auch im canonischen Rechte [10], und zwar abgesondert von der Beweisführung verhandelt, nämlich regelmäßig erst nach völlig ausgeführter probatio angetroffen. Obwohl die ersten Reichsgesetze über die Form des Gegenbeweises nichts vorschreiben, so beweisen doch die Sammler des Gewohnheitsrechts des 16ten Jahrhunderts, und die aus dieser Zeit stammenden

---

5) Die Form des Römischen Zeugenverhörs wird deutlich durch die Urkunde, welche in diesem Archive (VI. Band Nro. 11.) Spangenberg mitgetheilt und erläutert hat.

6) L. 9. D. de negot. gest. L. 10. §. 1. D. qui satisdar. cog. L. 10. D. si servit vindic. L. 47. D. solut. matr.

7) Z. B. in L. 1. Cod. ad leg. Corn. de sicar. L. 5. Cod. de peric. tut.

8) Nov. 90. cap. 7. 9.

9) M. 9. Wernher lect. comm. p. II. p. 237.

10) C. 17. 25. 38. 49. X. de testib. c. 6. X. de probat.

Partikulargerichtsordnungen, daß, bereits Gegenbeweis im heutigen Sinne vorkam; insbesondere ergibt sich aus Termineus [11]), daß Gegenbeweis erst nach Eröffnung der Zeugnisse geführt wurde. Mehrere Landesgerichtsordnungen sprechen schon deutlich vom Gegenbeweis, z. B. die Cölnische [12]), die Mecklenburgische [13]), und zwar so, daß von testibus reprobatoriis, z. B. in der Badischen Gerichtsordnung [14]), und von articulis reprobatorialibus, z. B. in der erwähnten Mecklenburgischen gesprochen wird [15]). Der jüngste Reichs-Abschied spricht schon bestimmt vom Gegenbeweisthum [16])

---

11) Dies folgt aus der bei Termineus processus juris (Colon. 1570) p. 139. aufbewahrten üblichen Protestationsformel des Producten, wenn die Aussagen der Beweiszeugen des Producenten eröffnet werden sollten; es heißt: „wie denn auch Beklagter insonderheit sich vorbehält und öffentlich protestirt, wider der Zeugen Person und Aussage nach Eröffnung der Gezeugnisse seiner rechtlichen Nothdurft nach zu excipiren, und dagegen, so es ihm von Nöthen seyn wird, seine Gegenbeweisungen und testes reprobatorios zu führen und zu gebrauchen."

12) Cöln. Reformat. v. 1570 im Titel: Von Publication der *attestation*. „Wollt der Gegentheil in die Eröffnung der Zeugenaussagen nicht gewilligen, sondern anzeigte, daß er gegen den Artikel das Widerspil wollt beweisen, soll mit der publication verzogen werden, denn nach Eröffnung der Zeugenaussag solch Gegenbeweis nicht beschehen mag."

13) In Mecklenburgischer Hofgerichtsord. von 1558. in v. Kamptz Mecklenburg. Civilr. 2te Abth. S. 23 — 25.

14) Landr. der Markgrafsch. Baden v. 1588 in der Sammlung der Statute v. Baden 1 Th. S. 97.

15) Auch die Wormsische Reform. v. 1495 1. Buch tit. X., und die Baierische Gerichtsordn. von 1520 tit. VII. Ges. 5. sprechen auf ähnliche Art.

16) J. R. A. Art. 54. „Nach Verscheinung der Zeit so zum Beweisthum gegeben worden, soll in dem vierten Termino der Kläger (auch respective der Verantworter, wann derselbe Gegenbeweisthum geführt hat), sobald die Ordnung dessen Procuratore treffen würde, Publication und Oeffnung der Zeugenaussag so durch ihn geführt worden, begehren."

und ordnet insbesondere den Beweis der Exceptionen des Beklagten an [17]). Die Ausbildung der Form, in welcher der Gegenbeweis zu führen ist, und die Angabe der einzelnen Arten, war dem Gerichtsgebrauch überlassen, und die älteren Juristen handelten davon immer nur entweder bei der Lehre von der Publication der Zeugenaussagen, oder bei der Beweisfrist; in der letzteren Beziehung kam man insbesondere darauf, die Arten des Gegenbeweises zu trennen [18]), und schied den indirecten von dem directen Gegenbeweise, indem man denjenigen, welcher neue Thatumstände zu beweisen sucht, welche von denjenigen, die den Gegenstand des Beweises ausmachen, verschieden sind, und diesen unmittelbarer Weise entkräften, den indirecten, und denjenigen einen directen nannte, dessen Zweck dahin geht, gerade das Gegentheil von demjenigen darzuthun, was die eine Parthei zu erweisen gesucht hat [19]). In neuerer Zeit [20]) wurde dagegen die Bezeichnung eigentlicher oder Gegenbeweis im engeren Sinne für das, was man sonst directen Gegenbeweis nannte, und Beweis der Einreden für den sonst indirecten Gegenbeweis genannten üblicher, obwohl neuerlich wieder darauf aufmerksam

17) J. R. A. Art. 48. „Desgleichen, wann dasjenige so der Beklagte in seiner Exceptionsschrift und hauptsächlicher Gegenhandlung vorbracht, und ihm zur Behauptung seiner Intention zu beweisen von Rechtswegen oblieget, er auch mit lebendiger Kundschaft darzuthun gedenkt, vom Kläger in seiner Replikschrift negirt worden, hätte er, der Beklagte, ebenmäßig in dem darauf folgenden dritten oder resp. vierten Termin zu beobachten, was anjetzo des Klägers Beweisthum halber erwähnt worden.

18) Z. B. Quistorp rechtliche Bemerkungen Nr. 104.

19) S. über diese Begriffe z. B. Danz Grunds. des ordentl. Proc. §. 251.

20) Vorzüglich seit Gönner Handbuch des Processes II. Bd. Nr. 41. 42. Vorausging, mit Andeutung der nachher von Gönner ausgeführten Meinung, schon Joachim de differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremtoriarum. Lips. 1730.

gemacht wurde [21]), daß v. Gönner zu weit gegangen sey, und andere Juristen [22]) eine neue Bezeichnung, nämlich von unmittelbaren, und mittelbaren Gegenbeweis vorschlugen, je nachdem der Gegenbeweis geradezu auf die Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses oder juristischen Factums gerichtet wäre, oder nur das Nichtvorhandenseyn der Grundlage der realen Seite zum Gegenstande habe. Mit Scharfsinn ist auch in der neuesten Zeit das Unpassende der Bezeichnung: Gegenbeweis, zu zeigen versucht worden, weil sich kein Gegenbeweis denken ließe, wo kein Beweis vorherging, weil auch, wenn durch den Gegenbeweis die durch den Beweis beigebrachte juristische Ueberzeugung wieder aufgelöſ't würde, der Beweis nicht geführt seyn könnte, der Versuch aber durch Gegenbeweis die juristische Ueberzeugung zu zerstören, scheitern müsse, sobald man annehme, daß durch den Beweis eine solche Ueberzeugung schon entstanden sey; daher man behauptete, daß das sogenannte Gegenbeweisverfahren nichts anderes sey, als die durch die letzten Grundsätze des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zur höchsten Sicherheit der Partheienrechte nothwendig anerkannte Controle der Partheien unter sich, und zum Richteramte angewandt auf den Act der Beweisführung [23]).

Nicht unberücksichtigt darf endlich eine neue gesetzliche Ansicht, die des Bernischen Gesetzbuchs [24]), bleiben, nach

---

21) Reinhardt Handb. des gemeinen deutschen ordentl. Processes 1 Th. S. 403 — 12.

22) Colmann Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilprocesse (Braunschweig 1822) S. 73.

23) Linde Abhandl. aus dem deutschen gemeinen Civilprocesse (Bonn 1823) I. Bd. S. 56 — 61.

24) Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen für die Stadt und Republik Bern v. 1821. Art. 175. Es heißt: „Der Richter soll nie gestatten, daß eine Parthei den von der andern geführten Beweis dadurch zu entkräften suche, daß sie den Beweis von Thatsachen übernimmt, die mit Thatsachen im

welcher der sogenannte directe Gegenbeweis geradezu verboten wird, und als Gründe des Verbots werden angegeben 25), daß dasselbe aus der Verhandlungsmaxime hervorgehe, daß der Richter nicht zu untersuchen habe, welche Proceßthatsachen wirklich wahr seyen, sondern nur diejenigen als wahr annehmen soll, welche der Beweisführer im vorgeschriebenen Grade wahrscheinlich gemacht habe; daß durch die Zulassung des Gegenbeweises die Beweislast erschwert werde, indem eine Thatsache, die durch zwei Zeugen bewahrheitet wäre, durch einen Zeugen des Gegenbeweisführers wieder zweifelhaft gemacht werden könnte, daß auch die Abwägung widersprechender Zeugnisse gegen einander in den Untersuchungsproceß gehöre, und daß der Gesetzgeber wegen der großen Achtung, die er für die Heiligkeit des Eides habe, nicht zulassen dürfe, daß die gleiche Thatsache von den Zeugen des Beweisführers als sich zugetragen habend (wie der Commentator sagt), und von denjenigen des Gegenbeweisführers als sich nicht zugetragen habend beschworen werde.

§. 2.

Fragt man nun, ob wirklich der seit dem 16ten Jahrhunderte von der Praxis gebrauchte Ausdruck: Gegenbeweis, ein unpassender ist, so ist nicht zu leugnen, daß man, wenn das Wort Beweis im objectiven Sinne als Ueberzeugung des daher gleichbedeutend mit Gewißheit genommen wird, von einem Gegenbeweise, d. h. von einer Gegengewißheit nicht sprechen könne; allein es ist sehr unnöthig, zur Rechtfertigung des Sprachgebrauchs der Praxis mehr zu sagen, sobald man nur erwägt, daß von jeher das Wort: Beweis, auch als gleichbedeutend mit Beweisführung, d. h. dem Inbegriff processualischer Handlungen, genommen wurde, durch welche eine

---

Widersprüche sind, über welche die andere Parthei in der Verhandlung wirklich einen Beweis geführt hat."

25) Schnell im Commentar zu dem Gesetzbuche (Bern 1822) S. 221.

Parthei den Richter von der Wahrheit einer streitigen Thatsache zu überzeugen sucht [26]), und so aufgefaßt, hindert nichts, vom Gegenbeweise, d. h. der Gegenbeweisführung, als dem Versuche des Producenten, zu sprechen, durch welchen die Erhebung der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit der vom Gegner behaupteten Thatsachen zur Gewißheit verhindert werden soll. Fragt man weiter, ob die als Arten aufgeführten directer und indirecter Gegenbeweis wirklich als Arten unter den Gattungsbegriff passen, so ist es zwar richtig, daß die ältere Praxis den Worten nach beide Arten nicht getrennt hat, und in den Particulargerichtsordnungen [27]) werden unter dem Worte: Gegenbeweis, beide Arten verstanden, allein da es nie die Absicht der älteren Gesetzgebungen war, vollständig alle möglichen Fälle zu bestimmen, da vielmehr die feineren Unterscheidungen, und die specielle Anwendung der allgemeinen Regel dem Gerichtsgebrauche überlassen war, so steht das Schweigen der Gesetze nicht im Wege, sobald nur gezeigt werden kann, daß beide Arten unter den allgemeinen durchgreifenden Gesichtspunct, der die Lehre vom Gegenbeweise beherrscht, gestellt werden können, und daß für die Absonderung der beiden Arten sich Gründe in so ferne angeben lassen, als jede der Arten ihre speciellen Eigenthümlichkeiten

---

26) Gensler in diesem Archive I. Bd. S. 29.

27) Z. B. sagt der Baierische Judiciar cod. v. 1753. cap. IX. §. 12. „Der Gegenbeweis, wodurch man entweder den Beweis nur zu widerlegen oder die gemachten Einwendungen darzuthun sucht, soll nicht so lang bis der Beweis vollendet ist, verschoben werden.“

Die Sächsische Proceßordn. v. 1622. tit. XXI., nachdem sie vom Gegenbeweis gehandelt hat, fährt fort: „Da auch der Beklagte auf des Klägers angemaßte Beweisung eine Gegenbeweisung führen wollte und daneben exceptiones peremtorias bei der litis contestation vorgewandt hätte, welche gleichergestalt auf Beweis stünden, soll er seine Gegenbeweisung zugleich auf dieselben exceptiones richten. Aehnlich spricht die Gothaische Proceßordn. v. 1776. cap. XXII.

hat, und selbst practisch von der anderen Art unterschieden werden muß. Im Sinne der Praxis dürfen nun die verschiedenen Arten als verschiedene Mittel zu dem gleichen Zwecke des Gegenbeweises betrachtet werden. Ueber diesen Zweck selbst aber scheint man nicht einig zu seyn; unrichtig dürfte wohl der von Danz [28]) angegebene seyn, wenn darnach Zweck seyn soll, das gerade Gegentheil von demjenigen darzuthun, was die eine Parthei zu erweisen gesucht hat; denn auf die Fälle, in welchen der Gegenbeweis ganz andere Thatsachen, als die der Beweis herstellen soll, darzuthun versucht, z. B. wenn gegen den künstlichen Hauptbeweis ein künstlicher Gegenbeweis geführt werden soll, paßte die Ansicht von Danz gar nicht; wenn nach Martin [29]) der Gegenbeweis das Darthun der Unwahrheit einer Behauptung des Gegners bezwecken soll, so muß auch dagegen bemerkt werden, daß theils der indirecte Gegenbeweis gar nicht unter diesen Begriff paßt (daher auch Martin hinzufügt: eigentlich bezwecke der Gegenbeweis dies Darthun, und der Sprachgebrauch habe nur auf indirecten den Begriff ausgedehnt), theils nicht einmal alle Arten des directen Gegenbeweises den angegebenen Zweck unmittelbar haben, z. B. so oft der Producent künstlich beweis't. Auch ist es gegründet [30]), daß der Ausdruck: Gegenbeweis, nur die Verhinderung, nicht aber die Vernichtung der Erhebung der gegnerischen Behauptungen zur juristischen Gewißheit bezwecke, da etwas noch nicht existirendes nicht vernichtet werden kann, und keine Gewißheit existirt, wenn der Gegenbeweis wirklich geführt ist. Richtiger verfolgt man den Zweck der Beweisperiode überhaupt, und so wie in der Periode des ersten Schriftenwechsels die Ansprüche der Partheien und ihre wechselseitigen Behauptungen collidiren, und der Beklagte insbesondere durch seine verschiedenen Erklärungen bezweckt, dem

28) Grundsätze des ordentl. Proceß §. 251.
29) Lehrbuch des Processes §. 125.
30) Linde Abhandlungen S. 56.

Richter die Feststellung des eigentlichen Streitpunktes und die vollständige Uebersicht des gesammten faktischen Vorbringens der Partheien möglich zu machen, so ist in der Beweis-Instanz, wenn dem Kläger der Beweis des Klagegrundes zu erbringen aufgelegt ist, der Zweck des Beklagten darauf gerichtet, durch Beweisführung sich von den Ansprüchen des Klägers zu befreien, und zwar durch den Versuch den jenseitigen Beweis des Klägers zu entkräften und seine Erbringung zum Grade juristischer Gewißheit zu verhindern, oder die dem Beklagten nachtheiligen Wirkungen der klägerischen Beweisführung zu vereiteln. Wenn man sich das processualische Verfahren in seiner Einfachheit denkt, in welcher der Richter, nachdem die Partheien ihre Behauptungen genugsam vorbrachten, von ihnen den Beweis derselben verlangt, so kann man nicht zweifeln, daß, wie dies wohl einst vor dem Römischen Judex geschah, der Beklagte von seiner Seite in die zur Beweisverhandlung bestimmte Gerichtssitzung die Zeugen bringt, durch welche er den oben angegebenen Zweck zu erreichen sucht, indem der Beklagte einsieht, daß der Richter den Beweisen des Klägers wegen der Zahl und des Gewichts derselben trauen würde, wenn nicht in die jenseitige Waagschale der Beklagte die ihm günstigen Beweisgründe legte, und dadurch dem sonst bewirkten Gewichte der Beweise des Klägers entgegenwirkte. Noch wichtiger wird diese Gegenbeweisführung da, wo der Richter nach einer gesetzlichen Beweistheorie entscheidet, und daher zu leicht den zwei Zeugen des Klägers trauen würde, wenn nicht der Beklagte das Gewicht derselben zu schwächen suchte. Die Mittel, wodurch der Beklagte den angegebenen Zweck seiner Beweisführung zu erreichen sucht, sind 1) entweder Beweise gewisser Schutzbehauptungen, welche eventuell wirkend, sobald sie erwiesen sind, die rechtliche Wirksamkeit des jenseitigen Klagegrundes zerstören, z. B. Einreden des Vergleichs, des Nachlasses u. a., 2) oder Anführung von Beweismitteln, welche den Richter von der Unwahrheit der jenseitigen Aussagen überzeugen sollen,

z. B. wenn der Kläger beweisen soll, daß bei dem Vertrage über den Hauskauf auch die Mobilien mit verkauft worden seyen, und der Kläger, sich auf zwei Zeugen beruft, der Beklagte dagegen zwei Zeugen producirt, welche bei allen Verkaufsverhandlungen gegenwärtig waren und bezeugen, daß die Mobilien ausdrücklich immer ausgenommen wurden; 3) oder der Beklagte sucht die Unmöglichkeit der jenseitigen Behauptungen zu zeigen, daß z. B. durch die sogenannte exceptio alibi, oder daß der Beklagte gar nicht zu schreiben verstehe (um zu zeigen, daß er die fragliche Urkunde nicht habe schreiben können) oder die impotentia des Beklagten, um dadurch die Schwängerungsklage zu zerstören; 4) oder Product greift die jenseitigen Beweismittel in dem Grunde ihrer Beweiskraft an, z. B. durch den Beweis, daß die Zeugen bestochen waren; oder 5) er beweis't Thatsachen, welche zeigen sollen, daß die jenseitigen Thatsachen, deren Beweis Kläger hätte führen sollen, nicht in der gehörigen Art existirten, wie sie juristisch wirken konnten, z. B. in einem Falle sollte Kläger beweisen, daß er sich rechtzeitig mit den Staatsobligationen bei der Staatskasse gemeldet habe, Beklagter führte den Gegenbeweis, daß der Kläger nicht in der gehörigen Form sich gemeldet hatte; 6) oder der Beklagte beweiset Thatsachen, welche die Unrichtigkeit der Behauptungen des Gegners zeigen, die Relevanz der Beweise desselben vernichten und die Schlüsse, die man daraus ziehen könnte, zerstören sollten; z. B. einem Kläger, welcher nicht rechtzeitig den Wechselprotest dem Vormanne angezeigt hatte, und sich zur Entschuldigung auf vis major berief, wurde der Beweis derselben aufgelegt; er trat ihn dadurch an, daß er zu beweisen suchte, daß damals von Deutschland aus über Hamburg keine Briefe nach England gesendet werden konnten, weil der Postenlauf gestört war, der Beklagte dagegen führte Gegenbeweis dadurch, daß er bewies, es seyen damals die Briefe sicher über Holland nach England zu senden gewesen; es könne daher nicht von vis major gesprochen worden; 7) oder der

Beklagte beweiset Thatsachen, welche den Einfluß der vom Kläger erwiesenen Thatsachen auf die Beweisführung des Klagegrundes zerstören oder entkräften sollen; z. B. dem Kläger wurde der Beweis der versio in rem aufgelegt; der Kläger trat den Beweis durch Zeugen an, welche aussagen sollten, daß zur Zeit, als das Darlehen gegeben wurde, das Gartenhaus, eine Scheune u. A. mit dem Gelde, dessen Verwendung erwiesen werden sollte, erbaut worden sey, der Beklagte trat den Gegenbeweis dadurch an, daß er bewies, wie mit ganz anderen Geldsummen die Arbeitsleute beim Bau des Gartenhauses und der Scheune bezahlt wurden. 8) Zuweilen, insbesondere wenn der Kläger sein thema probandum artificiell beweis't, geht der Gegenbeweis auf den Beweis anderer Thatsachen, welche die jenseitigen Behauptungen im Ganzen betrachtet, als unwahrscheinlich darstellen sollen; z. B. Kläger sollte beweisen, daß der testator nicht sanae mentis zur Zeit der Testamentserrichtung war; der Beklagte führte seinen Gegenbeweis durch verschiedene Thatsachen, welche Beweise des völligen Verstandesgebrauchs des Testators liefern sollten.

Alle diese Arten des Gegenbeweises so verschieden sie sind, passen doch unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunct, und beziehen sich auf den oben angegebenen Zweck, sie lassen aber auf zwei Hauptclassen sich zurückführen, I. auf jene Beweisführung des Beklagten, durch welche er den vom Kläger geführten Beweis als Beweisführung genommen angreift, und die Erhebung desselben zum Grade juristischer Gewißheit zu verhindern sucht; nur in so fern lassen sich darin wieder Abtheilungen denken, daß in einigen Fällen der Beklagte unmittelbar den jenseitigen Beweis angreift, z. B. durch Gegenzeugen, welche die Unwahrheit der vom Kläger behaupteten Thatsachen nachweisen sollen, während in anderen Fällen er nur mittelbar angreift, nämlich nur in Bezug auf das dem Kläger zum Beweise obliegende Hauptthema, indem der Beklagte durch den Beweis gewisser Thatsachen zu zeigen

sucht, daß durch die vom Kläger behaupteten Facta der dem Kläger obliegende Hauptbeweis als erbracht nicht angesehen werden dürfe; z. B. in den oben sub nr. 5. 6. 7. 8. erzählten Fällen. II. Verschieden dagegen ist jene Beweisführung des Beklagten, welche, indem sie den jenseitigen Beweis des Klägers in seiner Richtigkeit unangetastet läßt, selbstständige Schutzbehauptungen zu beweisen sucht, welche die Ansprüche des Klägers ganz oder theilweise zerstören. Beide Arten können mit Recht von einander getrennt werden, denn während die erste immer einen vom Kläger wenigstens versuchsweise geführten Beweis voraussetzt, und ihre Richtung gegen den Beweis des Klägers mittelbar oder unmittelbar nimmt, ist die zweite Art ganz selbstständig, und berücksichtigt die Beweisführung des Klägers gar nicht. Während die erste Art sich in jedem Falle von selbst versteht, und dem Beklagten nicht aufgelegt wird (von scheinbaren Ausnahmen unten), sondern ihm vorbehalten ist, wird die zweite in dem Beweis interlokut vom Richter regulirt, und dem Beklagten aufgelegt. Während die erste das Beweisverfahren in der Art endigt, daß nicht wieder ein Gegenbeweis von Seite des Klägers gegen sie geführt werden kann [31]), hat gegen die zweite Art immer ein Gegenbeweis des Klägers, wenn er ihn führen will, Statt. Während endlich die erste Art, ihrem Zwecke und ihrer Führung nach als ein Ganzes mit dem Hauptbeweise des Klägers gedacht werden muß, so daß nur nach Abwägung des Resultats des Beweises und Gegenbeweises der Richter ein Urtheil über den Grad der erbrachten Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit vom Kläger fällen kann, liegt dagegen die zweite Art selbstständig zur Beurtheilung über die erbrachtete Gewißheit dem Richter vor, ohne daß auf die Hauptbeweisführung des Klägers Rücksicht genommen wird.

---

31) Linde Abhandl. S. 71. f. jedoch eine andere Meinung in Collmanns Grundlinien S. 76.

Was die Bezeichnung der beiden Arten betrifft, so paßt zwar der Ausdruck: directer Gegenbeweis, auf die erste Art, allein der Name: indirect, ist unpassend, und führt irre, weil dadurch auch mehrere Fälle der ersten Arten hieher gerechnet werden müßten, z. B. der Beweis der sogenannten exceptio alibi ebenso als die oben unter nr. 6. 7. erzählten Fälle; so wie denn auch die von mehreren [32]) gegebene Definition des indirecten Gegenbeweises (als derjenige, welcher neue Thatumstände betreffe, die von denjenigen, die den Gegenstand des Beweises ausmachen, verschieden sind, und diesen nur mittelbarer Weise entkräften) geradezu unrichtig ist, weil sonst auch viele Fälle des directen Gegenbeweises darunter subsumirt werden müßten [33]). Richtiger hat daher wohl v. Gönner die Ausdrücke: Gegenbeweis im engeren Sinn für die erste Art, und Beweis der Einreden für die zweite vorgeschlagen; nicht ganz passend aber möchte es seyn, wenn man [34]) unter dem Beweis der Einreden auch den Beweis aller Repliken und Dupliken verstehen will. Denke man sich den Fall, daß der Kläger aus der Bürgschaft auf Zahlung des Darlehens gegen den Bürgen klagt, und dieser die exceptio ordinis entgegensetzt, der Kläger aber dagegen den Verzicht auf diese exceptio dadurch behauptet, daß Beklagter sich als Bürge und Selbstzahler verpflichtet habe, was dagegen der Beklagte wieder leugnet, so wird dem Kläger wohl der Beweis aufgelegt werden, daß sich Beklagter als Selbstzahler für das Darlehen verbürgt habe; er muß daher eine Replik beweisen, und doch wird wohl niemand sagen, daß der Kläger einen Beweis der Einreden führe. Auf ähnliche Weise gestaltet sich die Sache, wenn der Kläger gegen die

32) Z. B. Danz Grundſ. §. 251.

33) Danz l. c. gibt in Not. 6. an: z. B. die Einreden, Repliken, und erklärt dadurch, daß er unter seinem indirecten Gegenbeweis das begreife, was z. B. Gönner unter Beweis der Einreden begreift.

34) Wie Gönner im Handbuch II. Th. S. 347. thut.

Einrede der Verjährung die Replik der Unterbrechung vorschützte und sie beweisen soll. Der Beweis der Repliken ist kein Gegenbeweis, und höchstens könnte man, wenn man genau bezeichnen wollte, die Beweisführung im weiteren Sinne abtheilen in Hauptbeweis und Gegenbeweis, und den Hauptbeweis wieder in nothwendigen Hauptbeweis (wohin der Beweis des Klagegrundes gehörte) und in eventuelle Hauptbeweise, wohin dann die Beweise der Einreden und der Repliken gehörten. Nicht unbemerkt darf noch bleiben, daß die Fälle des Gegenbeweises in der Praxis sich sehr mannigfaltig gestalten. So kann z. B. ein wahrer Gegenbeweis vorkommen, und selbst vom Richter aufgelegt werden, ohne daß ein Hauptbeweis geführt und aufgelegt worden ist, wenn z. B. für die Behauptung des Klägers eine praesumtio juris spricht, und dem Beklagten der Gegenbeweis nachgelassen oder aufgelegt wird. Hier muß man nur annehmen, daß der Kläger schon vermöge der gesetzlichen Annahme seinen Beweis erbracht habe, und der Beklagte seinen Beweis auf Widerlegung richtet. In anderen Fällen kann der Beweis einer Einrede im Urtheile aufgelegt werden, ohne Auflegung des Hauptbeweises; z. B. die Frau klagt auf Ehescheidung wegen Ehebruchs ihres Ehemanns; der Beklagte leugnete den Ehebruch nicht, schützte aber die Einrede der Verzeihung, und zwar der stillschweigenden vor, indem die Ehefrau ununterbrochen ihm den Beischlaf gestattet habe; der Fall wird noch merkwürdiger, wenn, wie in einem vor kurzem dem Verf. vorgekommenen Falle, die Ehefrau behauptet, daß sie damals von dem Ehebruche ihres Ehemanns nichts gewußt habe, und der Ehemann behauptet, daß die Frau den Ehebruch schon kannte. Zuweilen liegt der Fall so vor, daß es sehr streitig wird, ob die Beweisführung des Beklagten einen directen Gegenbeweis oder einen Beweis der Einreden enthält; z. B. ein Adelicher, als Gutsherr eines Emphyteutguts fordert mit der actio privatoria das Gut vom Grundholden, weil der letzte drei Jahre lang den Canon nicht bezahlt habe; der Bauer behauptet dagegen die Bezah-

lung. Ist der vom Bauer zu führende Beweis der Zahlung ein Beweis der exceptio solutionis, oder ein Gegenbeweis gegen die zuerst dem Gutsherrn zur Begründung seines Klagegrundes obliegenden Beweisführung [35]?

§. 3.

Nicht ohne Interesse ist die Prüfung der Frage: ob wirklich der directe Gegenbeweis verboten werden soll, wie dies das Bernische Gesetz thut? Wir glauben, daß die für das Verbot angegebenen (s. oben §. 1.) Gründe sich leicht widerlegen lassen. Die Verhandlungsmaxime darf dafür nicht angeführt werden; denn diese beschränkt das Vorbringen und die nothwendige Vertheidigung der Partheien nicht mehr, als es die Untersuchungsmaxime thut; im Gegentheile muß die höchste Freiheit der Vertheidigung begünstigt werden, und es ist leicht zu erweisen [36], daß kein Beweis, der zum Nachtheil eines Andern geführt wird, die nöthige Festigkeit erlangen könne, wenn nicht der dabei interessirte Theil mit seinen Gegengründen gehört ist; daß auch die Verhandlungsmaxime nicht entgegenstehe, beweiset die Autorität des Römischen Processes, der auf keiner Untersuchungsmaxime beruhte, und doch den Gegenbeweis zuließ. Wenn man behauptet, daß der Richter nicht zu untersuchen habe, welche Proceßthatsachen wirklich wahr seyen, sondern nur diejenigen als wahr annehmen soll, welche der Beweisführer im vorgeschriebenen Grade wahrscheinlich gemacht habe, so ist es zwar richtig, daß der Richter nicht von Amtswegen Thatsachen aufsuche, durch deren Erforschung die Wahrheit der in den Acten vorgebrachten Behauptungen sich ergibt, es ist richtig, daß er sich an die Actenlage hält und auf die Erreichung der höchsten Evi-

---

36) S. darüber auch Krohn (Elsaesser) select. capit. de prob. et reprobat. nr. X. p. 29.

36) v. Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit I. Th. S. 264.

denz verzichtet; allein daraus folgt nicht, daß den Partheien der Weg abgeschnitten werden soll, die Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, welche die jenseitigen Behauptungen zerstören; der weitere Grund, daß die Beweislast erschwert werde, widerlegt sich, wenn man nur voraussetzt, daß mit Umsicht und Vollständigkeit ein gehörig abgefaßtes Beweisinterlokut vom Gerichte gefällt werden muß, in welchem Falle die Beweisführung der Partheien eine sichere Grundlage erhält, und von dem Richter, wenn er die Grundsätze der Proceßdirection kennt und weise ausübt, leicht geleitet werden kann. Der Grund, daß darnach die durch zwei Zeugen des Producenten bewahrheitete Thatsache leicht wieder durch einen Zeugen des Producten zweifelhaft gemacht werden könnte, ist nicht erheblich, wenn man erwägt, daß die Zeugenaussagen ja nicht gezählt, sondern gewogen werden sollen [37], und daher nicht nothwendig ein Gegenbeweiszeuge die Aussagen von zwei Beweiszeugen aufhebt, im Falle aber, daß der Richter wirklich den Grad des Beweises für vermindert hält, dadurch dem Staate und den Partheien kein Nachtheil zugeht. Die Heiligkeit des Eides, welche dadurch verletzt würde, wenn man widersprechende Aussagen aufnehmen würde, steht nicht im Wege, denn theils wird gerade der Meineid häufiger vorkommen, wenn die Partheien wissen, daß gegen die von ihnen producirten Zeugen keine anderen zugelassen werden, so daß der Meineid leichter unentdeckt bleibt, theils würde das Gesetz doch nicht verwehren dürfen, daß die Parthei, welche den auf falsche Eide der Zeugen gegründeten Sieg des Gegners angreifen will, dies durch Veranlassung einer Criminaluntersuchung bewirke, theils scheint eben die Heiligkeit des Eides die möglichste Begünstigung der Beweisführung der Wahrheit zu verlangen. Ueberhaupt verschwindet jeder Grund für das Verbot des Gegenbeweises, sobald man nur erwägt, daß er zu den wesentlichen Rechten einer Parthei

---

37) L. 21. D. de testib.

gehöre, und wenn man die verschiedenen vorkommenden Fälle sich deutlich macht. Nicht immer wird ja der direkte Gegenbeweis blos auf das direkte Gegentheil der von dem Produzenten behaupteten Thatsachen gerichtet, sondern z. B. in den oben §. 2 No. 3 bis 7 angeführten Fällen auf andere Thatsachen, durch welche der Beweis des Klägers entkräftet oder zerstört werden soll. Soll nun z. B. der wegen der Schwängerung belangte Beklagte ruhig den Beweis erwarten müssen, welchen die Dirne durch ein Paar irgendwo aufgehaschte Zeugen führt, soll er nicht das Recht haben zu beweisen, daß er zur Zeit der Schwängerung an einem ganz anderen Orte sich befunden habe? Soll in dem oben §. 2. No. 6. angeführten Fall der Produkt nicht den Beweis wie damals die Briefe nach England versendet werden konnten, führen dürfen? Wir glauben, daß die Abschneidung des direkten Gegenbeweises eine Beschränkung der Auffindung der Wahrheit und der Partheienrechte ist, und so möchte auch hier wieder die Praxis den Vorzug vor der modernen, angeblich Prozeßabkürzenden Ansicht verdienen.

§. 4.

In Bezug auf die Auflegung des Gegenbeweises ist es ein bekannter Satz, daß der direkte Gegenbeweis sich von selbst verstehe, daher auch dann geführt werden könne, wenn er gar nicht ausdrücklich aufgelegt worden [38]); auch ist es gewöhnlich den Gegenbeweis nur durch eine allgemeine Formel, z. B. Gegenbeweis vorbehaltlich, vorzubehalten, ohne ein Gegenbeweisthema festzustellen; da, wo nur überhaupt, wie in Sachsen, der Grund der Klage zum Beweise aufgelegt wird, versteht sich dieß wohl von selbst; allein wenn das Beweisthema speciell mit Angabe der Thatsachen bestimmt wird, wie dies ge-

---

38) Stryk. de reprobat. cap. II. §. 7.
Schaumburg princip. prax. lib. I. sect. 1. memb. 3. §. 13.

schehen soll [39]) und wenn der Beklagte zur Zerstörung des Vorbringens des Klägers mehrere Thatsachen angeführt, z. B. auf die exceptio alibi sich berufen, oder zur Widerlegung der vis major z. B. im obigen Falle §. 2 No. 6 die Möglichkeit des Wegs der Briefe über Holland behauptet hat, so wird die Frage in den Gerichtshöfen schon bestritten, ob nicht das Thema des Gegenbeweises speziell normirt werden soll. Wir glauben jedoch, daß die Praxis, welche dem direkten Gegenbeweise kein Thema vorschreibt, am meisten zu billigen sey; denn der direkte Gegenbeweis ist ohnehin nicht Pflicht, sondern hängt nur von dem Produkten ab, ohne daß die Unterlassung einen gesetzlichen Nachtheil bringt; das Thema des Gegenbeweises ist der Hauptsache nach immer schon durch das Thema des Hauptbeweises, und durch den Zweck des Gegenbeweises geliefert, und nur in den besondern Thatsachen ist Verschiedenheit; mag auch der Produkt durch den Beweis der exceptio alibi den Gegenbeweis führen, oder auf den Weg der Briefe über Holland artikuliren, so bleibt immer der nämliche Zweck: den Hauptbeweis zu entkräften. So wenig dem Produzenten die einzelnen Thatsachen vorgeschrieben werden, durch deren Beweis er künstlich das Hauptthema, oder den Klagegrund erweisen soll, z. B. bei einer Schwängerungsklage, eben so wenig kann dem Produkten die Thatsache des Gegenbeweises vorgeschrieben werden; die Grundlage ist ihm durch das Thema des Hauptbeweises vorgezeichnet, und dadurch ist auch der ratio Genüge geleistet, aus welcher man spezielle Fixirung des Beweisthema verlangt. Eine Beschränkung des Produkten würde selbst ungerecht seyn, da er am besten wissen muß, wie nach der besondern Sachlage der Beweis des Klägers zu entkräften ist. Was dagegen das Auflegen des Beweises der Einreden betrifft, so entsteht darüber oft Streit: ob, wenn das Urtheil nur Beweis aufgelegt, und den Gegenbeweis überhaupt vorbehalten hat, der Beklagte aber Einreden vorgeschützt hatte,

---

39) S. Archiv für die Civil-Praxis 1. Bd. S. 354

deren im Beweisurtheile gar nicht erwähnt wurden, auch der Beweis dieser Einreden als vorbehalten zu betrachten sey. Mehrere Juristen [40]) behaupten dieß, und gewiß muß gemeinrechtlich diese Ansicht gebilligt werden, wenn man erwägt, daß die ältere Praxis unter Gegenbeweis (reprobatio) immer ebensowohl den direkten als den jetzt als Beweis der Einreden aufgeführten indirekten Gegenbeweis verstanden habe, daß auch ältere Gerichtsordnungen nicht unterscheiden, und daß wenn das Gericht den generischen Ausdruck wählt, alle species darunter verstanden werden müssen. Auf andere Art gestaltet sich die Sache, wenn die Frage entsteht, ob die Sitte einiger Gerichte, im Interlokute den Beweis der Einreden nicht speziell zu erwähnen, zu billigen sey. Man kann unter dieser Frage zweierlei verstehen: a) Ist es zweckmäßig, daß die Gerichte den Beweis der Einreden als unter dem Gegenbeweise überhaupt begriffen ansehen, und ihn im Urtheile nur überhaupt mit der Formel: Gegenbeweis vorbehaltlich, vorbehalten? b) Soll überhaupt die Auflegung des Beweises der Einreden so lange suspendirt werden, bis der Kläger den ihm aufgelegten Hauptbeweis geführt hat, so daß erst dann, wenn der Beweis für erbracht erkannnt ist, der Beweis der Einrede speziell aufgelegt würde? Die erste Frage muß der Verfasser verneinen, und das Studium so vieler Akten, zu welchem ihm als Ordinarius das Spruchkollegium Gelegenheit gegeben hat, hat den Verfasser von den Nachtheilen dieser Sitte belehrt. Da in neuerer Zeit der Ausdruck: Beweis der Einreden seit Gönners Abhandlung häufiger gebraucht wird, so geschieht es gewöhnlich, daß, wenn der Produkt seinen Beweis der Einreden antreten will, der Gegner dagegen protestirt und auszuführen sucht, daß der Beweis der Einreden unter dem Worte: Gegenbeweis nicht verstanden seyn könne, weil ja nach richtigen Grundsätzen dies kein Gegenbeweis sey, und die Folgen des Streites sind Zwischenverhandlungen, be-

---

40) Z. B. Gensler in diesem Archive 1. Bd. S. 348.

sondere Urtheile und Rechtsmittel. Auf die Pflicht des Gerichts, den Beweis der Einreden im Interlokute speziell zu normiren, führt aber die Erwägung, daß der Beklagte durch seine Einrede als angreifender Theil erscheint, und die exceptio wie eine actio zu beurtheilen ist, daß auch die Fixirung des Thema des Einredebeweises aus allen den Gründen wichtig wird, aus welchen das Thema des Hauptbeweises nothwendig speziell festgesetzt werden soll, insbesondere, weil der Umfang der Exception häufig bestritten ist, und weil so oft unter dem Namen Exceptionen Behauptungen, von den Partheien eingeschoben werden, welche ein bloßes Läugnen des Rechtsgrundes enthalten, so daß dann erst am Ende in der Beweisführung der Beklagte seine sogenannten Einreden als solche geltend zu machen, und dadurch den Streit in die Länge zu ziehen suchet. Bei der zweiten oben angegebenen Frage ist es wohl gegründet, daß eine Exception als eventuelles Vorbringen, eben so wie die Replik gegen die Exception erst dann Gegenstand des Beweises zu werden nöthig hat, wenn die nächstvorausgehende noch nicht erwiesene Behauptung des Gegners erwiesen ist, daher auch das Interlokut nur diese zuerst des Beweises bedürftige Thatsache des Klagegrundes auflegen soll, weil der Beweis der eventuellen Behauptungen zur Zeit noch nicht nothwendig ist[41]; wollte man diese Ansicht consequent verfolgen, so müßte etwa in dem von Müllner[42]) angeführten Beispiele, zuerst dem Kläger der Beweis des gegebenen Darlehens aufgelegt werden, hätte er diesen erbracht, so müßte dem Beklagten der Beweis der Einrede, daß ihm die Schuld erlassen worden, aufgetragen, und wenn dies erwiesen wäre, auf den Beweis der Replik, daß der Erlaß bedingungsweise geschehen, und nach dem geführten Beweise dieses Satzes auf den Beweis der Duplik, daß die Erlaßbedingung eingetreten

41) S. Gensler im Archiv 1. Bd. S. 348.

42) Müllner, Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde S. 262.

sei, erkannt werden. Es bedarf keiner Ausführung, daß ein solches Verfahren die Prozesse ins Unendliche ziehen könnte. Viel natürlicher und einfacher ist es, wenn in dem nehmlichen Interlokute über die vorgebrachten Einreden und Repliken erkannt, und der Beweis derselben speziell aufgelegt wird. Dies rechtfertigt sich aus dem Wesen der Eventualmaxime, welche nicht blos den Advokaten, sondern auch den Richtern bei Abfassung der Erkenntnisse vorschweben muß, und verlangt, daß das gesammte Vorbringen der Partheien in den ersten Schriften als ein Ganzes betrachtet und zum Gegenstande einer umfassenden Entscheidung gemacht wird, so daß über alle Punkte, worüber bisher unter den Partheien Streit war, auf einmal (sey es auch nur mit eventueller Wirksamkeit über einige Punkte) entschieden werde. Geschieht dies, so kann auch das Urtheil von beiden Partheien, wenn sie sich beschwert fühlen, angegriffen werden, so daß auf einmal über alle Punkte verhandelt, und entweder in oberer Instanz das Urtheil reformirt oder bestätigt werden kann. Wird dies unterlassen, so entstehen nur zu häufig zwei Nachtheile; der Beklagte erwartet dann ruhig den Beweis des Klägers und erst nach Jahren tritt er mit Beweisführungen der ungegründetsten Einreden hervor, oder er vermischt sie mit der direkten Gegenbeweisführung, wodurch oft das Verfahren die Einfachheit verliert. Zweckmäßig wird daher immer das Gericht den Beweis der Einreden zugleich mit dem Hauptbeweise auflegen, und diejenigen Einreden, welche als ungegründet befunden werden, verwerfen, um für die künftige Beweisführung eine sichere Grundlage zu gewähren.

§. 5.

Am bestrittensten ist die Frage über den Anfang der Gegenbeweisfrist. Der Streit ist schon alt, und schon im Mittelalter gab es Juristen [43]), welche für den Beweis der Einre-

43) Bartolus ad l. 19. Cod. de probat. nro. 16. Duranti in

den den nämlichen Termin, wie er für den Kläger läuft, gesetzt haben wollten, während andere [44]) zwischen der exceptio cum actione compatibili, aut non compatibili unterschieden, und im ersteren Falle, z. B. wenn der Beklagte das Darlehen läugnet, und die exceptio pacti de non petendo vorschützt, den Beweis auch nach Publikation der Zeugenaussagen zulassen. Die Meinungen der neueren Juristen, obwohl in Nebenpunkten wieder Verschiedenheiten vorkommen, lassen sich auf die Classen zurückführen, daß einige [45]) die nämliche Frist zum Beweise und zum Gegenbeweise festgesetzt wissen wollen, andere [46]) zwischen dem direkten und indirekten Gegenbeweise unterscheiden, und den letzteren nicht an den Beweistermin gebunden erkennen, vielmehr zugeben, daß der Beklagte, bis der Produzent seinen Beweis geführt hat, zu warten befugt sey, während der direkte Gegenbeweis bis zum Beschlusse der Sache geführt werden könne, ausgenommen, wenn der Produkt den Gegenbeweis durch Zeugen gegen den Zeugenbeweis des Produzenten führen wolle, in welchem Falle der Produkt vor der Eröffnung der Zeugenaussagen den Gegenbeweis antreten, und gegen die Eröffnung protestiren müsse. Nach anderen Juristen [47]) darf jeder Gegenbeweis, wenn der Richter keinen Termin dafür gesetzt hat, bis zum Beschlusse in der Hauptsache verschoben werden, und nach einigen [48]) selbst so lange, bis der Richter einen Termin vorgeschrieben hat, oder in der Hauptsache von den Partheien beschlossen wurde. Nicht weniger verschieden sind die Landesgesetze. Ei-

---

tit. de testibus. §. qualiter 3. no. 20. S. noch Pacian de probation. lib. I. cap. 57. nro. 20.

44) Joan. Andrea addit. ad specul. tit. de except. §. 2. Panormitanus c. 1. de ordin. cognit. nro. 9.

45) Z. B. Martin Lehrbuch §. 173 u. Not. o. und Quistorp rechtl. Bemerkungen Nro. 104.

46) Danz Grundsätze §. 175. Grolmann Theorie §. 187.

47) Hagemann pract. Erört. VI. Thl. N. 23.

48) Gönner Handbuch II. S. 342.

nige, z. B. die baierischen[49]), die churhessischen[50]) die badischen[51]) rechnen ohne Unterschied der Arten des Gegenbeweises die Frist von dem Tage an, da die Beweisantretung des Produzenten dem Gegentheile behändigt worden ist. Eben so verfügt die bremische Gerichtsordnung[52]). Die im Interlokute für den Beweis gesetzte Frist gilt dann immer auch für den Gegenbeweis. In den sächsischen Gesetzen[53]) ist wieder Verschiedenheit; nach der älteren Prozeßordnung fängt, wenn der Beweis durch Zeugen geführt wird, die Frist von der Zeit zu laufen an, wo dem Gegenbeweisführer die Ladung zur Publikation der Zeugenaussagen behändigt worden ist, und wo dann Produkt gegen Eröffnung protestiren und Gegenbeweis antreten muß; wenn nicht durch Zeugen bewiesen wird, so läuft die Gegenbeweisfrist von Zeit der dem Produkten behändigten Ladung zur Antretung des Hauptverfahrens über den Beweis. Nach anderen sächsischen Gesetzen beginnt die Frist am Tage, an welchem dem Produkten die Beweisartikel insinuirt worden sind. Nicht weniger Verschiedenheit äußert sich in den Meklenburgischen Gesetzen[54]) indem die älteren Gesetze den Gegenbeweis erst vor Eröffnung des Probatorialzeugenrotuls verlangten, jetzt aber in dem Schwerinischen die Gegenbeweisfrist von der Zeit der dem Gegenbeweisführer geschehenen Insinuation der auf die Beweisantretung erkannten gerichtlichen Verordnung den Gegenbeweis anzutreten, läuft, und im Strelitzischen von der Zeit an, in welcher dem Produkten die La-

---

49) Cod. judic. bav. cap.

50) Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung und des prozeß. Verfahrens in Hessen S. 82.

51) Badische Obergerichtsord. §. 81.

52) Von 1820. Abschn. IV. Tit. 4. §. 174.

53) Biener processus com. et saxon. §. 124. 125. Kori Theorie des sächs. bürgerl. Proz. §. 129.

54) Kütemeyer dissert. in. de termino probatorio secundum jura Meklenburgic. Rostock. 1809. Von Kamptz Handb. des Meklenburgischen Civilprozesses (2te Ausg. von Nettelbladt §. 76.

dung zur Eröffnung der Zeugnisse insinuirt wurde. Die hannöverische Praxis [55]) erkennt den Gegenbeweis, wenn der Richter dafür nicht früher einen Termin setzte, so lange als zulässig, als nicht in der Hauptsache geschlossen ist.

Schon diese Verschiedenheit der Ansichten dürfte auf den Mangel eines festen Grundes aufmerksam machen. Was vorerst die in neueren Zeiten gewöhnlichere Meinung betrifft, daß der Gegenbeweis mit dem Hauptbeweise ausgeführt und von der Zeit an als der Produkt die Antretung des Hauptbeweises gerichtlich führt, angetreten werde, so beruft man sich auf c. 4, X de except.[56]); allein die Stelle gehört nicht zum Gegenbeweise, sondern gebietet nur, daß für das Vorbringen aller dilatorischen Einreden auf einmal vom Richter ein Termin gesetzt werde. Wollte man daraus, wie zwar oft behauptet wird, wenigstens folgern, daß nach dem Geiste der deutschen Eventualmaxime der allerdings in eventum vorbehaltene oder nothwendige Gegenbeweis auch in eventum angetreten werden müsse, so möchte hier, wegen fehlender paritas rationis die Anwendung unpassend seyn; denn etwas ganz anderes ist ein eventuelles Vorbringen der Behauptungen, und etwas anderes ein in 100 Fällen überflüßiges und kostspieliges Beweisen. Das Gesetz kann (mit der gegründeten Voraussicht, daß die meisten dilatorischen Behauptungen doch sich widerlegen lassen würden) verlangen, daß der Beklagte auf einmal über die Klage und das Verhältniß sich erschöpfend erkläre, um den Richter in den Stand zu setzen, über das ganze Rechtsverhältniß ein umfassendes Urtheil zu fällen; überflüssige Kosten werden dadurch dem Beklagten nicht aufgebürdet, da er ja doch über die Einreden sich weiter erklären müßte. Bei der Beweisführung aber frägt sich um solche Kosten, die oft wegen Entfernung der Zeugen, oder um

55) Oesterlei Handbuch II. Thl. S. 181. Hagemann prakt. Erörterungen VI. Thl. N. 23.

56) Martin Lehrbuch l. c. §. 172. Not. o.

an anderen Orten liegende Papiere herbeizuschaffen, sehr groß seyn können, warum soll der Beklagte diese jetzt schon anwenden, so lange er nicht weiß, ob sie nothwendig seyn werden? Auf jeden Fall ergiebt sich aus andern Stellen des canonischen Rechts [57]) daß man die Eventualmaxime nicht auf den Beweis ausgedehnt habe, daher auch der Richter hiezu nicht befugt seyn kann. Wenn man sich ferner auf §. 48 und 54 des jüngsten R. A. beruft, so ist schon überhaupt zu bemerken, daß das Reichsgesetz nur einen Partikularprozeß, den der Reichsgerichte normirte [58]), und daß nie die Meinung war, alle reichsgesetzliche Vorschriften in allen deutschen Gerichten anzuwenden, vorzüglich, wenn sie auf die bei den Reichsgerichten üblichen Termine sich bezogen; die oben angeführten Partikulargerichtsordnungen beweisen deutlich, daß man die §§. 28 und 54 nicht so verstanden habe, als wenn der Gegenbeweis mit der Antwort auf die Beweisartikel angetreten werden müsse, und überhaupt ist die Anwendung nicht möglich, wenn man erwägt, daß in dem gemeinen Prozesse die Beweisperiode von der Periode des Schriftenwechsels getrennt ist, und die erste ihre Grundlage durch ein Beweisinterlokut erhält, die §§. 48. 54. J. R. A. beziehen sich aber offenbar nur auf reichsgerichtliche Termine [59]).

57) Oben in Not. 10. Der Verfass. hat unten selbst, wo von der Zweckmäßigkeit einer neuen gesetzlichen Vorschrift die Rede war, die Martinische Ansicht vertheidigt; hier ist nur die Frage: ob gemeinrechtlich aus der Eventualmaxime das Recht des Richters wie Martin es will, sich ableiten und die Behauptung sich rechtfertigen läßt, daß der Beklagte, der mit der Antwort auf die Beweisantretung des Klägers seinen Gegenbeweis nicht antritt, als verzichtend erscheint.

58) Bethmann Hollweg Grundriß zu Vorlesungen über gem. Civilprozeß. S. XXIII.

59) Richtig ist aber, daß mehrere Gerichte durch die reichsgesetzliche Vorschrift sich leiten ließen und den Gegenbeweis nach der Norm der Reichsgerichte einrichteten s. Seifart Reichsprozeß Cap. 20 §. 4.

Bei der Frage über die Gegenbeweisfrist muß unterschieden werden: 1) Welche ist die gerichtsgebräuchliche Ansicht des gemeinen Prozesses darüber? 2) was läßt sich legislativ als das zweckmäßigste vertheidigen? Offenbar haben zu viele Juristen aus der letzteren Rücksicht der Zweckmäßigkeit sich verleiten lassen, die Meinung von der Nothwendigkeit der frühern Antretung des Gegenbeweises zu vertheidigen. Für den gemeinen Prozeß kann nun am meisten die Ansicht als die gerichtsgebräuchliche gerechtfertigt werden, nach welcher der Gegenbeweis erst für nothwendig erklärt wird, wenn die Hauptbeweisführung vollendet ist. Es folgt dies 1) aus der Ansicht der römischen Gesetze[60]), welche die Grundlage unseres Prozesses ausmachen, daß der Beklagte seinen Beweis erst zu führen nöthig habe, wenn der Kläger seinen Beweis erbracht hat, wobei nur über den Sinn der Worte in l. 19. Cod. de prob. postquam actor — monstraverit, Streit entstehen kann. Wenn auch diese Gesetze nur vom Beweise der Einrede, und nicht vom direkten Gegenbeweise sprechen, so darf doch die Grundansicht: daß eine eventuelle Beweisführung erst nothwendig sey, wenn derjenige, welcher sie führen soll, weiß, daß sein Gegner den obliegenden Beweis erbracht hat, auch auf den direkten Gegenbeweis ausgedehnt werden, weil auch dieser eine blos eventuelle Natur hat, und zwar noch mehr wenn man 2) erwägt, daß die ältere deutsche Praxis unter reprobatio immer den Beweis der Einreden eben so wie den directen Gegenbeweis begriff. 3) auch die Art wie das canonische Recht (s. oben §. 1. Not. 10) vom Gegenbeweise bei Zeugen spricht, beweiset, daß man erst nach vollendeter Beweisführung die reprobatio führte, auch 4) der Gerichtsgebrauch des Mittelalters[61]) eben so wie der des 16ten Jahrhunderts (oben §. 1. Not.) und 5) das Zeugniß aller älteren Partikulargerichtsordnungen (Not. 13

60) l. 4. Cod. de edend. l. 19. Cod. de probat. l. 9. Cod. de exception.

61) Goldschmidt Abhandlungen S. 54.

— 15) beweisen die ununterbrochene Rechtsansicht deutscher Praxis [62]), daß der Gegenbeweis mit allen seinen Arten erst nach vollendeter Beweisführung des Klägers angetreten zu werden braucht, wenn nicht der Richter schon eine frühere Frist dafür setzte. Die Beispiele anderer Gerichtsordnungen welche frühere Antretung verlangen, können nichts entscheiden, weil offenbar erst aus Gründen der Zweckmäßigkeit wegen Abkürzung die ältere constante Praxis abgeändert wurde. Wenn nun der Richter auf einer Seite vom Beklagten nicht fordern kann, daß er sich mit einer überflüßigen Beweisführung belade; so kann dagegen das Gesetz billig verlangen, daß das Verfahren so ineinander greife, daß in einem Urtheile definitiv über den ganzen streitigen Fall entschieden werden könne; in diesem Sinne gestattet die Praxis dem Beklagten zu überlegen, ob er den Gegenbeweis für nöthig halte, verlangt aber, daß er von dem Momente an, als der Beklagte eine Grundlage für seine Ueberlegung erhält, sich erkläre und den Gegenbeweis antrete. Als dieser Moment kann (inwiefern beim Zeugenbeweise eine Ausnahme vorkömmt, davon unten) derjenige angesehen werden, wo der Beklagte die Resultate des klägerischen Beweises offiziell erfahren hat, weil der Beklagte dann beurtheilen kann, ob der Beweis des Klägers so weit gelungen ist, daß das richterliche Urtheil den Beklagten verurtheilen würde, oder ob er wegen Unzulänglichkeit des Beweises den Gegenbeweis für überflüssig hält. Freilich wird man sagen, daß der Beklagte wegen der Verschiedenheit richterlicher Ansichten leicht sich täuschen und einen Beweis nicht für erbracht ansehen kann, welchen der Richter später als genügend wenigstens um einen Eid darauf zu bauen erkennt; allein die Besorgniß ist nicht erheblich, da der vorsichtige Beklagte, wenn er auch nur wahrscheinlicherweise befürchten muß, daß der Beweis genügen werde, den Gegenbeweis antreten wird, und dieß um so mehr muß,

62) S. auch Orth Anmerkungen zur Frankf. Reformat. 4. Fortsetz. S. 792.

als er weiß, daß auch schon ein sogenannter halber Beweis durch Eid ergänzt, oder zur Auflegung des purgatoriums als hinreichend befunden werden könne. Es ist daher nicht zuviel verlangt, wenn man von dem Zeitpunkte an, als der Beklagte das Resultat des Beweises kennt, ihn verpflichtet, sich über die Antretung des Gegenbeweises zu erklären, wollte man dies bis zum Zeitpunkte verschieben, wo der Richter über das Gewicht des Beweises des Klägers erkannt hätte, so würde dies eine unnütze Verzögerung des Prozesses veranlassen, das Gericht würde statt eines Urtheils zwei fällen müssen, und da schon das Erste über den Beweis rechtskräftig würde, so müßten auch Rechtsmittel dagegen zugelassen werden, so daß oft erst nach Jahren die Gegenbeweisführung beginnen könnte. Auch würde selbst der Richter in den meisten Fällen über den Beweis kein gründliches Urtheil fällen können, wenn der Beklagte nicht gehört wäre, und müßte daher nur zu oft wegen des späteren Resultats des Gegenbeweises das vorige Urtheil wieder aufheben. Eine Ausnahme tritt nach der Praxis ein, wenn der Gegenbeweis durch Zeugen geführt wird, hier soll der Product sich die Aussagen der Hauptzeugen nicht publiziren lassen, sondern gegen die Eröffnung protestiren, daher die Gegenbeweisfrist schon von der Zeit an beginnt, als der Richter zur Eröffnung der Beweiszeugen schreiten will. Schon überhaupt ist durch den Satz, wie man ihn ausdrückt, zu viel behauptet, wenn man die Gesetze[63]) worauf man sich beruft, betrachtet. Die Nov. 90 redet nur davon, daß derjenige, welcher schon dreimal Zeugen produzirte, nicht noch einmal neue Zeugen vorbringe, wenn er sich die Aussagen der vorigen hat eröffnen lassen; das Gesetz befürchtet hier, daß, wenn der Produzent schon einigemal das Experiment der Zeugenproduktion gemacht hat, und dann, nachdem er sah daß die Zeugen nicht

---

63) Nov. 90. c. 4. u. c. 25. X. de testib.

günstig für ihn deponirten, wieder andere irgendwo aufgehaschte Zeugen produzirt, die Zeugen bestochen seyen. Vom Gegenbeweise ist hier keine Rede, und nicht einmal die ratio des Gesetzes paßt, da ja der Produkt noch keine Zeugen produzirte. Schon allgemeiner können die Worte des canonischen Rechtes auf den direkten Gegenbeweis bezogen werden, jedoch stehen sie nur dann dem Gegenbeweisführer entgegen, wenn er über die nämlichen Thatsachen, worüber schon Zeugen abgehört wurden, andere Zeugen vernehmen lassen will; hier verbietet entschiedene Praxis die neue Produktion. Der Ausnahmen aber, welche sie zuläßt, sind so viele, daß die Regel fast davon aufgezehrt wird. Insbesondere findet auch nach der Publikation der Hauptzeugenaussagen Gegenbeweis statt: 1) so oft der Beklagte seine Einreden beweisen will [64]; 2) wenn er zwar direkten Gegenbeweis führt, aber durch Urkunden, Sachverständige oder Augenschein antritt [65], 3) wenn er beweiset, daß die Zeugen des Klägers bestochen gewesen seyen [66], 4) überhaupt wenn Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen bewiesen werden sollen [67], 5) wenn der Produkt den Gegenbeweis auf andere Thatsachen erstreckt, obgleich dadurch der jenseitige Beweis zerstört werden soll, z. B. wenn die exceptio alibi erwiesen würde; 6) so oft der Beklagte die Aussagen der Zeugen erfahren hat, ohne daß sie ihm förmlich publizirt worden sind, und ohne daß er die Publikation veranlaßte [68]. Entsteht nun die Frage: ob für eine neue Gesetzgebung nicht die Bestimmung mehr zu empfehlen sey, welche den direkten Gegenbeweis und den sogenannten Beweis der Einreden dann anzutreten gebietet, wenn

64) Franzke var. resolut. lib. II. cap. 21. p. 328.

65) c. 9 X. de fide instrum. Koenig process. jur. cap. 86. n. 9.

66) Orth Anmerkungen l c S. 741.

67) c. 49 X. de testib. Gail observ. 1. obs. 105. n. 8. Berlich conclus. p. I. concl. 40 n. 18.

68) Stryk de reprobat. cap. III. §. 12 — 15.

der Beklagte gerichtlich erfahren hat, daß der Kläger seinen Beweis angetreten habe, also sobald die Beweisartikel insinuirt worden sind, so dürfte freilich die Frage bejaht werden, obwohl auch von Gönner [69]) sich legislativ dagegen erklärt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Prozeß bedeutend abgekürzt wird, wenn sogleich mit der Antwort auf die Beweisartikel der Gegenbeweis angetreten und nun gemeinschaftlich über Beweis und Gegenbeweis so verhandelt wird, so daß am Schlusse in dem Urtheile über das Resultat der wechselseitigen Beweisführungen geurtheilt werden kann. Zwar behauptet von Gönner, daß nach diesem Verfahren eben so viel Zeit verwendet werden müßte, als ob die Partheien über jedes nach der natürlichen Ordnung den Beweis angetreten hätten, indem ja die nämliche Zahl von Zeugen abgehört werden müßte, allein es ist nicht schwierig zu berechnen, wieviel Zeit wirklich gewonnen wird, wenn man erwägt, daß, sobald man die Verbindung fordert, die Partheien zum nämlichen Termine ad audiendum et videndum testes in Ansehung der Haupt- und Gegenbeweiszeugen vorgeladen werden können, und daß in dem nämlichen Termine die Aussagen sämmtlicher Zeugen publizirt werden, und in den nämlichen Schriften über die Resultate des Beweises und Gegenbeweises die sogenannten Disputationsschriften eingereicht werden können. Da in den nämlichen Dekreten zugleich immer über Beweis und Gegenbeweis entschieden werden kann, so werden auch beträchtliche Kosten erspart. Die Besorgniß der Verwirrung wird von der Erfahrung (die baierische Praxis kann hier Belege liefern) widerlegt, sobald man nur in den Schriften der Partheien den Theil, welcher den Beweis betrifft, von demjenigen, der den Gegenbeweis enthält, absondern läßt. Am Ende muß doch Beweis und Gegenbeweis als ein Ganzes aufgefaßt, und zum Gegenstande

---

69) im Handbuche II. Bd. S. 351.

einer umfassenden Beurtheilung gemacht werden. Nur darauf kommt es bei diesem Verfahren an, ob nicht durch das Gebot den Gegenbeweis mit der Erklärung auf den Hauptbeweis anzutreten, den Partheien ein ungerechter Zwang aufgelegt wird, indem der Beklagte einen kostspieligen Beweis, der vielleicht, wenn Kläger nicht beweisen kann, überflüssig ist, führen soll. Allein so sehr sich Gründe gegen die Anwendung der Eventualmaxime auf Beweisführung angeben lassen, so sehr läßt sich doch der Zwang rechtfertigen, wenn man erwägt, daß der Zwang doch nur bedingt ist, weil der Beklagte, wenn er mit dem Bewußtseyn des Unrechts des Klägers voraussieht, daß Kläger nicht beweisen kann, den Gegenbeweis unterlassen kann, und dann keinen Nachtheil hat, in anderen Fällen aber als ein vorsichtiger Mann doch am Schlusse der Beweisführung den Gegenbeweis antreten müßte und würde, weil er nach dem Stande der deutschen Beweistheorie immer sich als möglich denken muß, daß der Kläger doch soviel beweisen werde, daß es zur Anwendung des Purgatoriums kömmt, daher es nicht ungerecht scheint, wenn das Gesetz lieber aus den Gründen der Prozeßpolitik wegen Abkürzung die frühere Antretung gebietet, da sie nach der höchsten Wahrscheinlichkeit später doch erfolgen würde.

Uebrigens bedarf es keiner Erinnerung, daß die Umbildung unseres Verfahrens, insbesondere die Einführung der Mündlichkeit auch das Verfahren beim Gegenbeweise verändern muß, und das preußische Verfahren verdient hiezu eine vorzügliche Berücksichtigung, indem es sich vielfach von dem deutschrechtlichen Gegenbeweisverfahren unterscheidet und zwar a) durch das Gebot, daß der Beklagte die Beweismittel seiner Einreden sogleich mit dem Vorbringen der Exceptionen angebe; b) daß er sich bei der Antwort auf das Vorbringen des Klägers auch über die Beweismittel desselben erkläre, c) daß der Instruent, wenn die Instruction der Hauptsache verwickelt und kostbar, die Erörterung der Exception hingegen kurz und ohne sonderlichen Aufenthalt zu bewirken ist,

mit Beiseitsetzung der Hauptsache zuerst die Exception völlig instruirt [70]), d) daß bei der Regulirung des status causae der ganze Streitpunkt klar hervorgehoben und die Instruction nach dem Bedürfniß der besonderen Aktenlage angeordnet wird [71]), daß e) wegen des Mangels eines eigentlichen Interlokuts die Sonderung von dem deutschen direkten Gegenbeweise und dem Beweise der Einreden im Verfahren gar nicht vorkömmt.

XVII.

Ueber die Verjährung der actio judicati.

Vom

Herrn Hof- und Canzleirath Dr. Spangenberg in Celle.

Ueber die Verjährung der Actio judicati herrschen in der Praxis zwei einander entgegengesetzte Ansichten. Einige Rechtslehrer [1]) nehmen an, daß die Actio judicati unbedingt, wie alle übrigen Klagen, nach dreyßig Jahren verjährt sey, so daß mithin dasjenige, was durch ein rechtskräftiges Erkenntniß erfochten worden ist, nach dem Ablaufe von dreißig Jahren nicht weiter eingeklagt werden könne. Andere [2]) sind dagegen der Meinung, daß die Actio judicati nie verjährt werden könne, da dem Beklagten immer der Mangel eines

---

70) Preuß. Gerichtsord. Tit. X. §. 68.

71) Gerichtsordn. Tit. X. §. 62.

1) A. Pufendorf observ. jur. T. I. obs. 117. T. II. obs. 114. G. L. Böhmer Rechtsfälle Th. 1. nro. 68.

2) Struben rechtl. Bedenken Th. IV. Bd. 6. Th. V. Bd. 39.